

Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna

1. Wprowadzenie regulacji usiłowania nieudolnego na grunt polskiego prawa karnego przewidywał projekt kodeksu karnego z roku 1931¹. Można chyba zaryzykować stwierdzenie, że już od początku swego istnienia zyskała ona status jednej z najbardziej kontrowersyjnych instytucji². Pomimo tego, co warto jest podkreślenia, jej konstrukcja prawna w kodyfikacjach karnych z lat 1932, 1969 i 1997 pozostaje w zasadzie niezmieniona. Rozważania zawarte w niniejszej pracy koncentrują właśnie na prezentacji zagadnień spornych, rysujących się na tle uregulowania przewidzianego w przepisie art. 13 § 2 obowiązującego kodeksu karnego³. Na zakończenie analizie poddana zostanie zasadność istnienia odrębnych podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego. Wstępnie już można zasygnalizować twierdzenie, które postaram się w niniejszym opracowaniu uzasadnić, że mamy w tym przypadku do czynienia ze zbędnym *superfluum* ustawowym.

2. Konstrukcja prawna usiłowania nieudolnego opiera się na błędzie sprawcy, który jest przekonany, że dokona czynu karalnego, choć jest to już w momencie przystępowania przez niego do realizacji znamion typu czynu

¹ Pierwszy koncepcję usiłowania nieudolnego wysunął Feuerbach, posługując się przykładem Bawarczyka pielgrzymującego do kościoła, aby modlić się tam o śmierć znenawidzonego sąsiada (A. Marek, Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1968, nr 1, s. 95).

² W ocenie S. Śliwińskiego, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 316; przepisy k.k. z 1932 r. dotyczące usiłowania nieudolnego są „bardzo niezręcznie i niejasno ujęte”.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.). Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu kodeksu karnego (Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 125), obowiązujący kodeks karny nie wprowadził merytorycznych zmian w stosunku do regulacji usiłowania nieudolnego istniejącej w kodyfikacji z 1969 r. – „Proponowane zmiany służą jedynie zwiększeniu precyzji w określeniu usiłowania nieudolnego. W szczególności zamiast wyrazu «przestępstwo» używa się pojęcia «czyn zabroniony», gdyż usiłowanie nieudolne jest w istocie rzeczy błędem co do znamion typu czynu zabronionego. Również nie jest to właściwe ograniczenie użytego przez sprawcę środka do skutku. Może to sugerować, że usiłowanie nieudolne tej postaci jest możliwe tylko przy przestępstwach materialnych. Przyjmuje się wyraźnie możliwość usiłowania nieudolnego przestępstw formalnych, i to zarówno w przypadku urojenia sobie przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, jak i użycia środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”.

zabronionego (czyli według oceny *ex ante*) obiektywnie niemożliwe⁴. Mamy zatem do czynienia z błędem działającym na niekorzyść sprawcy, charakteryzującym się odwrotnym kierunkiem oddziaływania, w porównaniu z błędem co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z art. 28 § 1 k.k.⁵. Cechą właściwą instytucji usiłowania nieudolnego jest brak zagrożenia dla dobra prawnego ze strony osoby usiłującej dokonać czynu zabronionego. Prowokuje to oczywisty sposób dyskusję nad problemem uzasadnienia odpowiedzialności karnej za tę formę stadialną⁶. Choć *prima facie* wydawać by się mogło, że podane wyróżniki konstrukcji usiłowania nieudolnego nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych, w nauce prawa karnego trudno byłoby doprawdy podać przykład zagadnienia teoretycznego, o przełożeniu praktycznym, bardziej kontrowersyjnego od problemu oddzielenia na gruncie konkretnych stanów faktycznych usiłowania udolnego od nieudolnego⁷. Trudności potęguje dodatkowo brak jednolitej linii orzecznictwa w tym zakresie⁸.

3. Obowiązujący kodeks karny, wzorując się na swoich poprzednikach z lat 1932 i 1969, nie przewiduje karalności każdego przypadku usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego, lecz określa stosunkowo wąsko ujęte podstawy odpowiedzialności karnej za tę formę stadialną. Tradycyjnie ograniczają się one do dwóch sytuacji – 1) braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego oraz 2) użycia środka

⁴ Por. m.in.: A. Marek, *op. cit.*, s. 96; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 286. Jeżeli kierowalibyśmy się oceną *ex post*, to każde usiłowanie musiałoby być kwalifikowane jako nieudolne, z uwagi na brak dokonania czynu zabronionego. W. Wolter (*Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 96 i 110–111) wskazywał, że: „(...) w każdym usiłowaniu tkwi jakiś błąd, skoro zawsze to, co sprawca sobie wyobraża i do czego zmierza swoją wolą, nie pokrywa się z rzeczywistością. (...) w przypadkach usiłowania nieudolnego niepowodzenie związane jest właśnie z wykonaniem błędnie ułożonego planu. Błąd w usiłowaniu nieudolnym polegać będzie zawsze na tym, że w planie wystąpią te znamiona istotne dla danego czynu przestępnego, których w rzeczywistości nie ma”.

⁵ A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002–2003, s. 197; A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 151.

⁶ Doprowadziło to nawet do sformułowania postulatu rezygnacji w polskim prawie karnym z karalności usiłowania nieudolnego – K. Mioduski, *Usiłowanie. Rozważania de lege ferenda*, *Nowe Prawo* 1957, nr 4, s. 28–34.

⁷ Por. m.in.: M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 368; G. Rejman, (w:) E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 570–573; Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 152–154.

⁸ Z. Jędrzejewski, *op. cit.*, s. 154; A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 197–199.

nie nadającego się do popełnienia takiego czynu (art. 13 § 2 k.k.)⁹. Nie jest to oczywiście wyczerpujący katalog przypadków, w których niemożność dokonania czynu karalnego wynika z błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego. Konsekwencją takiej decyzji ustawodawcy jest to, że *de lege lata* pozostają bezkarne wypadki usiłowania nieudolnego ze względu m.in. na to, że sprawca nie ma właściwości do dokonania przestępstwa indywidualnego (np. błędnie sądząc, że pełni funkcje publiczną, przyjmuje korzyść majątkową), czy też z uwagi na nie wystąpienie przewidzianych w typie czynu zabronionego znamion modalizujących (określających m.in. czas, miejsce)¹⁰.

Oczywista w świetle powyższego wydaje się zasadność postawienia pytania o *ratio legis* takiego ograniczenia zakresu karalności usiłowania nieudolnego. W piśmiennictwie zresztą już od czasu wprowadzenia na grunt polskiego prawa karnego omawianej instytucji dyskutowana jest kwestia, jakie przyczyny nieudolności dokonania czynu zabronionego winno się uwzględniać w ramach karalnego usiłowania nieudolnego. Wskazuje się m.in. na przekonanie o mniejszej społecznej szkodliwości, z jaką mamy do czynienia w przypadku błędu sprawcy co do podmiotu, bądź okoliczności modalnych typu czynu zabronionego¹¹. Trudno jednak zgodzić się z tezą, iż w każdym przypadku użycie przez sprawcę środka nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego, będzie bardziej społecznie szkodliwe, niż przykładowo zawarcie związku małżeńskiego przez osobę, która błędnie sądzi, że pozostaje już w związku małżeńskim. Myślę, że jest to zbyt daleko posunięta generalizacja. Dostrzegając, że określenie podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne uzasadnione jest raczej tradycją legislacyjną, w literaturze sformułowano postulat rozszerzenia karalności na wszystkie przypadki, niezależnie od przyczyny, usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego. Trafnie zwraca się przy tym uwagę na istotę konstrukcji tej instytucji, która: „(...) polega na błędzie co do istnienia jakiegokolwiek znamienia przestępstwa (reguła odwróconego błędu), przeto

⁹ W moim przekonaniu zastrzeżenie budzi zasadność istnienia w art. 13 § 2 k.k. terminu „popełnienia”. Należało raczej wprowadzić określenie „dokonania” (tak zresztą, jak było to w art. 11 § 2 kodeksu karnego z 1969 r.). Przy usiłowaniu nieudolnym mamy bowiem do czynienia z niemożnością dokonania czynu zabronionego, natomiast sprawca popełnia taki czyn w formie stadialnej usiłowania.

¹⁰ Por. m.in.: K. Mioduski, *op. cit.*, s. 28–29; S. Śliwiński, O niektórych zagadnieniach ogólnych przyszłego kodeksu karnego PRL, *Nowe Prawo* 1955, nr 1, s. 30–31; A. Wąsek, Z problematyki usiłowania nieudolnego, *Państwo i Prawo* 1985, nr 7–8, s. 78.

¹¹ A. Marek, *op. cit.*, s. 97 i 102; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 281–282.

sztuczne ograniczenie usiłowania nieudolnego do braku przedmiotu lub środka jest sprzeczne z jego istotą¹².

Wsluchując się częściowo w te głosy krytyki, w okresie prac nad nową w demokratycznym państwie prawnym kodyfikacją prawa karnego rozważano wprowadzenie trzeciej podstawy karalności za usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego¹³. Artykuł 13 § 2 projektu kodeksu karnego w redakcji z grudnia 1993 r., opublikowany celem dyskusji środowiskowej¹⁴, miał następujące brzmienie: „§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu albo użycie sposobu (podkr. autora) lub środka nie nadającego się do popełnienia usiłowanego czynu zabronionego”. Twórcy projektu k.k. zdecydowali się zatem na rozszerzenie podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, także na użycie przez sprawcę sposobu nie nadającego się do popełnienia czynu karalnego. W uzasadnieniu projektu uczyniono jednak zastrzeżenie, iż: „Przez sposób działania, o którym mowa w art. 13 § 2, nie należy rozumieć sposobu irracjonalnego, absolutnie niezdatnego do wywołania skutku. Wedle zamierzeń projektodawców, zachowanie oparte na irracjonalnych przesłankach zmierzające do osiągnięcia założonego celu należy uznać za bezkarne, gdyż ze swej istoty nie może ono zagrozić dobru prawnemu”¹⁵. Stwierdzenie powyższe stanowi bez wątpienia nawiązanie do regulacji przewidzianej w kodeksie karnym z 1932 r., zgodnie z którą: „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania” (art. 23 § 3)¹⁶.

Ostatecznie jednak, prezentowana koncepcja zmiany dotychczasowej konstrukcji usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego upadła. Zapewne przeważał wśród członków Komisji Kodyfikacyjnej pogląd, iż sposób zachowania się sprawcy zawiera się już w sformułowaniu kodeksowym z art. 13 § 2 k.k., stanowiącym o użyciu przez niego środka nie nadającego

¹² A. Marek, *op. cit.*, s. 102. Por. także m.in.: S. Śliwiński, *O niektórych...*, s. 31; A. Wąsek, *Z problematyki...*, s. 84–87.

¹³ Taki zapis pojawił się już w redakcji projektu kodeksu karnego z dnia 5 marca 1990 r.

¹⁴ Wkładka do zeszytu 2, Państwa i Prawa 1994.

¹⁵ Uzasadnienie projektu kodeksu karnego, wkładka do zeszytu 3, Państwa i Prawa 1994, s. 11.

¹⁶ Według J. Makarewicza (Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 124) chodzi o: „(...) działanie z pominięciem praw rządzących przyrodą, kodeks przypuszcza widocznie, że sprawca poruszający się w sferze istniejącej poza panowaniem normalnego związku przyczynowego, nie przedstawia sam takiego niebezpieczeństwa, aby stosować do niego karę o charakterze zapobiegawczym, ani też działanie jego nie przedstawia się tak poważnie, by stosować karę o charakterze odpłaty”. Ciekawą propozycję zastosowania tego przepisu przy przestępstwie oszustwa zaprezentował L. Falandysz, *Oszust – niedołęga a prawo karne*, Prawo i Życie 1968, nr 4.

się do popełnienia czynu karalnego¹⁷. Istotny wpływ mogła mieć również opinia wyrażona przez K. Daszkiewicz, zdaniem której proponowane rozwiązanie w praktyce skutkowałoby szczególnym uprzywilejowaniem sprawców, którzy, popełniając przestępstwo, wykazali brak profesjonalizmu¹⁸. W moim przekonaniu nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Przyjmując bowiem przedstawioną argumentację, należałoby konsekwentnie zrezygnować z podstawy karalności za usiłowanie nieudolne polegającej na użyciu przez sprawcę środka nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego. Czyż bowiem nie mamy w tym przypadku do czynienia z uprzywilejowaniem sprawcy z uwagi na wykazany przez niego brak profesjonalizmu, czego przejawem jest posłużenie się niewłaściwym środkiem dla dokonania czynu karalnego? Autorka jednak nie postuluje takiego rozwiązania.

Zastrzeżenia pod adresem propozycji zawartej w projekcie k.k. zgłosili również m.in. P. Kardas i M. Rodzyńkiewicz. Podzielając negatywne opinie odnośnie projektowanej regulacji usiłowania nieudolnego sformułowane przez sędziów i prokuratorów stanęli na stanowisku, zgodnie z którym: „Rozszerzenie określenia usiłowania nieudolnego jest równoznaczne z zawężeniem udolności usiłowania w rozumieniu projektu k.k.”¹⁹. Moim zdaniem powyższe stwierdzenie nie przekonuje. Rozszerzenie granic karalnego usiłowania nieudolnego miałyby raczej inny skutek, a mianowicie taki, że prowadziłoby do zawężenia granic obszaru niekaralnego usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego. Proponowane w projekcie k.k. rozwiązanie nie wprowadzało bowiem żadnych modyfikacji w przedstawionych na wstępie niniejszej pracy ogólnych założeniach konstrukcji prawnej omawianej instytucji. Poszerzeniu uległyby zatem jedynie granice penalizacji usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego, bez żadnych konsekwencji dla zakresu odpowiedzialności karnej za tzw. usiłowanie udolne. Poddane przeze mnie krytycznej analizie twierdzenie pomija okoliczność, iż przypadki usiłowania nieudolnego nie ograniczają się jedynie do sytuacji opisanych w art. 13 § 2 k.k.²⁰. Nie można zgodzić się również z poglądem wymienionych Autorów, zgodnie z którym: „Uczynienie zaś ze sposobu tylko względ-

¹⁷ A. Wąsek, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., V KKN 9/01, OSP 2003, nr 7–8, s. 441.

¹⁸ K. Daszkiewicz, Kodeks zachwianej równowagi, *Prawo i Życie* 1994, nr 20.

¹⁹ P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1995, nr 2, s. 51.

²⁰ Z tej też przyczyny nie można podzielić poglądu K. Daszkiewicz [Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.), *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 9, s. 12], że: „(...) pominięcie w art. 13 § 2 k.k. usiłowania nieudolnego ze względu na stosowanie przez sprawcę przestępstwa takiego sposobu, który nie daje mu szans na jego pełną realizację, nie wiąże się z pytaniem, czy on w ogóle podlega odpowiedzialności karnej. Chodzi natomiast o to, czy usiłowanie przestępstwa jest w tej sytuacji udolne, czy nieudolne”.

nie nieudolnego (nie prowadzącego do dokonania tylko w danym układzie sytuacyjnym) znamienia usiłowania nieudolnego, mogłoby skutecznie sparażować dopuszczalność skazywania za usiłowanie udolne nawet wówczas, gdy względy kryminalno-polityczne i prewencyjne przemawiałyby za tym w sposób oczywisty²¹. Nieporozumienie polega na tym, że wprowadzenie trzeciej podstawy karalności za usiłowanie nieudolne pozwoliłoby w wielu wypadkach na skazanie sprawcy za czyn popełniony w tej formie stadialnej, bez potrzeby uciekania się do obserwowanej w praktyce orzeczniczej błędnej kwalifikacji takich stanów faktycznych, jako usiłowania udolnego dokonania czynu zabronionego²². Zwróćmy również uwagę, że P. Kardas i M. Rodzyńkiewicz nie wyjaśnili, dlaczego spośród wielu sposobów działania sprawcy tylko jeden z nich, tj. użycie nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego środka, miałby uzasadniać odpowiedzialność karną za usiłowanie nieudolne? Czy *ratio legis* mają być tylko względy na tradycję legislacyjną?

Podsumowując część rozważań poświęconych podstawom odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego, należy stwierdzić, iż propozycja wprowadzenia do kodyfikacji karnej trzeciej przesłanki karalności, w postaci niewłaściwego sposobu działania sprawcy, jakkolwiek w mojej ocenie niewystarczająca, szła w dobrym kierunku²³. Zastrzeżenie budzić mógł jedynie brak rezygnacji w projektowanym przepisie z odrębnego wymienienia użycia przez sprawcę niezdatnego do dokonania czynu zabronionego środka. Zawiera się ono bowiem już w znamieniu użycia przez sprawcę niewłaściwego sposobu działania. Mielibyśmy zatem do czynienia ze zbędnym *superfluum* ustawowym.

4. Pierwszą z wymienionych w przepisie art. 13 § 2 k.k. podstaw karalności za usiłowanie nieudolne jest brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego. W piśmiennictwie przyjmuje się, że chodzi zasadniczo o przedmiot czynności wykonawczej (przedmiot bezpośredniego działania)²⁴. *Prima facie* regulacja powyższa wydaje się wolna od wszelkich problemów interpretacyjnych. O błędności jednak takiego przekonania może świadczyć chociażby przykład zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy, z jakim zwrócił się do Sądu Najwyższego jeden

²¹ P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 51.

²² Por. m.in.: wyrok SN z dnia 10 czerwca 1974 r. (I KR 501/73, OSN KW 1974, nr 12, poz. 224), wyrok SN z dnia 3 listopada 1983 r. (II KR 227/83, OSN PG 1984, nr 5, poz. 36).

²³ Tak m.in.: Z. Jędrzejewski, *op. cit.*, s. 155; A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 196.

²⁴ Zdaniem A. Wąska (O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 199) przez „przedmiot” w art. 13 § 2 k.k. należy rozumieć nie tylko przedmiot czynności wykonawczej, ale także przedmiot ochrony.

z sądów apelacyjnych. Chodziło o rozstrzygnięcie następującej wątpliwości – „Czy jest usiłowaniem zwykłym (udolnym), czy też usiłowaniem nieudolnym ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego zachowanie sprawcy rozboju, zmierzającego do zabrania konkretnego mienia pokrzywdzonemu, który jednak mienia tego nie posiada, choć jednocześnie dysponuje innym mieniem w ogóle nadającym się do zaboru?”. Odpowiedź na tak postawione pytanie zależy od tego, w jaki sposób odczytywać będziemy sformułowanie kodeksowe o „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, tj. czy należy rozumieć je w znaczeniu obiektywnym (pokrzywdzony nie ma w ogóle przedmiotu, na którym można popełnić dany czyn zabroniony), czy też subiektywnym (pokrzywdzony nie dysponuje takim rodzajem przedmiotu, na który skierowany jest zamiar sprawcy). Rozstrzygając powyższą kwestię, Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 listopada 2000 r. (I KZP 36/2000)²⁵ zajął stanowisko subiektywistyczne uznając, że oceny istnienia przedmiotu bezpośredniego działania należy dokonywać z perspektywy sprawcy²⁶. W uzasadnieniu uchwały skład orzekający posłużył się m.in. argumentem, zgodnie z którym rzeczy, jakimi dysponuje pokrzywdzony, a które nie są postrzegane przez sprawcę czynu zabronionego jako przedmiot bezpośredniego działania, są jedynie przedmiotami w sensie potocznym (fizycznym), nie mogą zaś być kwalifikowane jako „przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.²⁷. Prezentowany judykat spotkał się zarówno z aprobowaniami, jak i krytycznymi ocenami. Zdaniem A. Wąska o trafności poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy może świadczyć m.in. przykład złodzieja kieszonkowego, który sięga do cudzej kieszeni, która jednak okazuje się pusta lub znajduje się w niej bezwartościowy przedmiot – „Nie jest tu istotne, czy niedoszła ofiara kradzieży miała gdzieś indziej schowane pieniądze, czy miała coś innego co mogłoby być przedmiotem kradzieży. Gdyby to miało być tutaj istotne, sprawca mógłby się dopuścić usiłowania nieudolnego przestępstwa kradzieży tylko do gołej osoby, i to tylko wtedy, gdy w pobliżu jej nie znajdowały się jej części garde-

²⁵ OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 1

²⁶ Podobnie wcześniej m.in. O. Chybiński, *Rozbój*, Wrocław 1975, s. 25.

²⁷ Jak czytamy w uzasadnieniu orzeczenia: „Fakt, że ofiara ma inne rzeczy przedstawiające pewną wartość majątkową, potencjalnie «nadające się» do kradzieży, jest bez znaczenia w kwestii oceny postaci usiłowania jako nieudolnego. Można tu bowiem mówić o «nadawaniu się» tych rzeczy do kradzieży jedynie w sensie potocznym, a nie w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. Również w potocznym znaczeniu można użyć wobec tych rzeczy określenia «przedmioty». Są to bowiem «przedmioty» w sensie fizycznym, a nie «przedmioty nadające się do popełnienia na nich czynu zabronionego» w znaczeniu wynikającym z treści art. 13 § 2 k.k., skoro w konkretnej, podlegającej osądowi sytuacji rzeczy te nie są postrzegane przez sprawcę jako przedmiot przestępstwa”.

roby lub inne rzeczy”²⁸. Krytycy z kolei zwracali uwagę przede wszystkim na trudne do zaakceptowania konsekwencje praktyczne wynikające z takiego rozstrzygnięcia. W opinii J. Biedermana przyjmując zaprezentowaną przez najwyższą instancję sądową figurę interpretacyjną należałoby ocenić jako usiłowanie nieudolne: „(...) działanie sprawcy, który realizując znamiona rozboju, po doprowadzeniu pokrzywdzonego do stanu bezbronności, nie zabrał mu pieniędzy tylko dlatego, iż pokrzywdzony posiadał jedynie banknoty nie zaś bilon, na kradzież „którego” ukierunkowany był zamiar sprawcy”²⁹. Zdaniem K. Daszkiewicz omawiane orzeczenie cechuje wewnętrzna sprzeczność, albowiem: „(...) Sąd Najwyższy z jednej strony uznaje za słuszną tezę, że kwalifikacja usiłowania nieudolnego możliwa jest tylko wówczas, kiedy dobru prawnemu nie zagraża rzeczywiste niebezpieczeństwo, a z drugiej przyjmuje, że jest nieudolne takie usiłowanie rozboju, którego sprawcy już zastosowali przemoc i groźby”³⁰. Model interpretacyjny mający „charakter kompromisowy” zaproponował J. Giezek, w ocenie którego: „(...) obiektywne albo subiektywne kryteria (...) powinny zyskiwać przewagę przede wszystkim w zależności od tego, czy konkretny przedmiot zostanie zaatakowany, czy też sprawca powstrzymał się od zamachu”³¹.

5. Drugą wymienioną w przepisie art. 13 § 2 k.k. podstawą karalności za usiłowanie nieudolne jest „użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”. Również w tym przypadku nie brakuje kontrowersji. Skoncentrujemy się na trzech. Pierwsza dotyczy zakresu pojęciowego terminu „środek”. Przyczyna wątpliwości interpretacyjnych tkwi bez wątpienia w braku w obowiązującej kodyfikacji karnej definicji normatywnej tego pojęcia. Cały ciężar jego zdefiniowania spoczął zatem na barkach doktryny i orzecznictwa. Analiza poglądów prezentowanych w piśmiennictwie wskazuje, że jest on rozumiany bardzo szeroko. Zdaniem A. Wąska: „W typowych przykładach tego rodzaju usiłowania nieudolnego wskazuje się na przedmioty (narzędzia), które są jawnie niezdatne do dokonania przestępstwa (np. nie nabity pistolet, nieszkodliwy proszek uważany przez sprawcę za truciźną) (...). Środkiem (...) może też być zachowanie się innej osoby, zachowanie się zwierząt, zjawiska przyrody itd. Sprawca wszak może je wykorzystać lub chcieć wykorzystać do popełnienia przestępstwa. Nie widać zatem powodów, aby pojęcie „środek” nie mogło być interpretowane szeroko, jako obejmujące wszystko to, za pomocą czego sprawca zamierza dokonać przestępstwa. Sądzić można, że pojęcie to może też obejmować sposób

²⁸ A. Wąsek, Glosa, OSP 2001, nr 4, s. 174.

²⁹ J. Biederman, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r., Palestra 2001, nr 7–8, s. 213–214.

³⁰ K. Daszkiewicz, Usiłowanie nieudolne..., s. 21.

³¹ J. Giezek, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000, Prokuratura i Prawo 2001, nr 9, s. 108–109.

działania (np. to, co sprawca traktował jako podstęp lub groźbę nie było w stanie wpłynąć na zachowanie się ofiary)³². Podobnie, według S. Śliwińskiego: „Środkiem jest to, czym sprawca posługuje się przy swej czynności wykonawczej („czasownikowej”); może to być przedmiot materialny (trucizna, broń, własna ręka lub noga itp.) lub twór niematerialny (słowo, gest itp.)”³³. Tendencja do szerokiej wykładni omawianego pojęcia widoczna jest również w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 11 września 2002 r. (V KKN 9/01)³⁴ najwyższa instancja sądowa wyraziła pogląd, iż: „Określenie „środek nie nadający się do popełnienia czynu zabronionego”, użyte w art. 13 § 2 k.k., odnosi się do całokształtu warunków charakteryzujących sposób działania sprawcy, ukierunkowanego na dokonanie takiego czynu”.

Opowiadam się za szerokim rozumieniem omawianego sformułowania kodeksowego. Nie znajduje w szczególności uzasadnienia zawężanie go wyłącznie do przedmiotów. Podnieść można jednak istotne wątpliwości, co do zasadności stwierdzenia, że każdy sposób działania sprawcy polega na użyciu środka. Wydaje się, że gdyby ustawodawcy rzeczywiście chodziło, w art. 13 § 2 k.k., o każdy niewłaściwy dla dokonania czynu karalnego sposób zachowania się sprawcy, to bez wątpienia użyłby *expressis verbis* odpowiedniego wyrażenia, a nie ograniczał się do podania tylko jednego z możliwych sposobów działania sprawcy. Już na gruncie przepisów kodeksu karnego z 1932 r. S. Śliwiński pisał – „Ponieważ art. 23 odróżnia „działanie” (*de lege lata* chodzi o „zachowanie” – *uwaga autora*) od „środka”, przeto środek nie jest równoznaczny z samą czynnością wykonawczą („działaniem”), której sprawca używa celem urzeczywistnienia zamiaru; nie jest więc „środkiem” w znaczeniu art. 23, np. „zabijanie” za pomocą którego sprawca zdąża do pozbawienia życia, środkiem będzie natomiast broń, trucizna itp.”³⁵. O kontrowersyjności omawianego zagadnienia może świadczyć również to, że grono wybitnych karnistów, członków Komisji Kodyfikacyjnej, wyrażało przez dłuższy czas przekonanie o konieczności wprowadzenia zmiany w regulacji usiłowania nieudolnego, polegającej na rozszerzeniu podstaw odpowiedzialności karnej za tę formę stadialną, także na użycie przez sprawcę sposobu nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego.

Druga istniejąca w ramach instytucji usiłowania nieudolnego wątpliwość interpretacyjna, sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przy ustalaniu niezdatności środka do dokonania czynu zabronionego należy uwzględniać tylko jego właściwości, czy też brać pod uwagę umiejętności i sposób działania sprawcy? Problem ten ma bardzo istotne praktyczne zna-

³² A. Wąsek, Z problematyki..., s. 82–83.

³³ S. Śliwiński, Prawo karne, s. 316.

³⁴ OSN KW 2002, nr 11–12, poz. 102.

³⁵ S. Śliwiński, Prawo karne, s. 316.

czenie. Jak bowiem ocenić przypadek, gdy sprawca używa środka, który – biorąc pod uwagę wyłącznie jego właściwości – nadaje się do dokonania określonego czynu zabronionego, czyni to jednak w sposób nieudolny, co może wynikać chociażby z braku umiejętności w posługiwaniu się nim. Zdaniem K. Buchały: „Kwestię niemożliwości dokonania należy rozstrzygać nie abstrakcyjnie, lecz konkretnie, usiłowanie nie jest bowiem *delictum sui generis*, ale ogólną formą popełnienia czynu zabronionego. Zatem kwestię, czy jego dokonanie było możliwe, należy ocenić przy uwzględnieniu konkretnego podmiotu, przedmiotu, środka, ofiary, sposobu itp.”³⁶. Na podobnym stanowisku stoją m.in. A. Zoll³⁷ oraz A. Wąsek³⁸. Odmienny pogląd zaprezentował z kolei Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 16 stycznia 1963 r. (Rw 1397/62)³⁹ stwierdzając, iż: „O usiłowaniu nieudolnym, spowodowanym użyciem środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku, można mówić tylko wówczas, gdy użyty środek był nieprzydatny do realizacji zamierzeń sprawcy nie tylko w konkretnych, istniejących w chwili usiłowania warunkach, lecz przy istnieniu wszelkich dla popełnienia tego przestępstwa nawet najkorzystniejszych warunków”. Na niemożność uwzględniania w rozważanej kwestii umiejętności sprawcy także zwracał uwagę K. Mioduski, w którego opinii: „O tym, czy użyty środek nadaje się do wywołania skutku przestępnego, decydować mogą wyłącznie właściwości samego przedmiotu stanowiącego ten środek, a nie brak umiejętności posługiwania się tym przedmiotem przez sprawcę”⁴⁰. To ostatnie stanowisko zasługuje na aprobatę. Trafnie zwrócono uwagę, iż przeciwko pogładowi prezentowanemu m.in. przez K. Buchałą przemawia brzmienie przepisu art. 13 § 2 k.k., albowiem: „Kryterium nieudolności oparto nie na ocenie całego działania, lecz na ocenie pojedynczych, wyizolowanych jego elementów, takich jak środek czy przedmiot”⁴¹. Skoro w obowiązującej regulacji usiłowania nieudolnego mowa jest o użyciu nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego środka (a nie o niewłaściwym użyciu środka!), to nie można „tylnymi drzwiami” wprowadzać do przesłanek warunkujących przyjęcie karalności usiłowania nieudolnego sposobu działania sprawcy. Niezdatność środka do dokonania czynu zabronionego należy oceniać wyłącznie przez pryzmat jego właściwości. W moim przekonaniu, mamy tu do czynienia z podobną sytuacją, jak kwestia oceny konkretnego przedmiotu użytego przez uczestnika bójki (pobicia), jako podobnie niebezpiecznego, jak broń palna, bądź nóż

³⁶ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 369.

³⁷ K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1990, s. 86.

³⁸ A. Wąsek, *Z problematyki...*, s. 80.

³⁹ OSN KW 1964, nr 2, poz. 20.

⁴⁰ K. Mioduski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 66.

⁴¹ Z. Jędrzejewski, *op. cit.*, s. 154–155.

(art. 159 k.k.). Przyjmuje się w tym zakresie, iż: „(...) istotna jest właściwość przedmiotu jako niebezpiecznego w użyciu podczas bójki lub pobicia, a nie sam sposób użycia przedmiotu w czasie bójki lub pobicia”⁴².

Wreszcie, trzecia kontrowersyjna kwestia związana z omawianą w tej części pracy podstawą karalności za usiłowanie nieudolne dotyczy problemu, jak kwalifikować przypadek, gdy niemożność dokonania czynu zabronionego wynika z tego, że sprawca w ogóle nie użył środka? Czy w takiej sytuacji możemy przyjąć karalne usiłowanie nieudolne? Lektura przepisu art. 13 § 2 k.k. prowadzi do nie budzącego wątpliwości wniosku, iż regulacja w nim zawarta nie odnosi się do powyższego wypadku. Trudno jednak wskazać *ratio legis* takiego rozstrzygnięcia. Podobna wątpliwość pojawiła się w szeroko cytowanym w piśmiennictwie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1983 r. (II KR 227/83)⁴³, w którym czytamy: „Jeżeli (...) oskarżony dostawał się do wagonów kolejowych poprzez uprzednie włamanie, oczywiście w celu dokonania kradzieży znajdujących się w nich przedmiotów, a kradzieży nie dokonał z przyczyn obiektywnych – od niego niezależnych – dlatego, że znajdujące się w wagonach przedmioty ze względu na rodzaj i ich rozmiary uniemożliwiały ich wyniesienie i zabranie, to w takim przypadku mamy do czynienia ze zwykłym usiłowaniem kradzieży, a nie z usiłowaniem nieudolnym.”. Problem, przed jakim w niniejszej sprawie stała najwyższa instancja sądowa, polegał na tym, że z jednej strony w momencie przystępowania przez sprawcę do działania przestępczego dokonanie kradzieży z włamaniem nie było możliwe, z drugiej jednak strony nie zachodziła żadna z podstaw karalności za usiłowanie nieudolne. W wagonach były bowiem skrzynie, czyli przedmioty, na których można dokonać czynu zabronionego opisanego w art. 279 § 1 k.k., zaś sprawca nie używał żadnego środka. W tej sytuacji Sąd Najwyższy zastosował błędną kwalifikację w postaci usiłowania udolnego kradzieży z włamaniem. W literaturze wskazuje się, że z uwagi na to, iż niemożność dokonania czynu karalnego była konsekwencją niewłaściwego sposobu działania sprawcy, należało przyjąć, że mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym niekaralnym⁴⁴. Takie rozstrzygnięcie jest oczywiście trudne do zaakceptowania ze względów kryminalno-politycznych.

Dostrzegając prezentowane wadliwości obowiązującej regulacji, A. Wąsek doszedł do przekonania, iż wypadki, kiedy sprawca nie dysponuje środkiem nadającym się do dokonania czynu zabronionego należy tak samo

⁴² A. Zoll, (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ówiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna, t. II (pod red. A. Zolla), Kraków 1999, s. 303.

⁴³ OSNPG 1984, nr 5, poz. 36

⁴⁴ Tak m.in.: A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2003, s. 198; A. Wąsek, Z problematyki..., s. 81.

kwalifikować, jak użycie przez niego nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego środka. Argumentuje, że: „Stosowana wykładnia celowościowo zmierza po prostu do osiągnięcia słusznego kryminalno-politycznie rezultatu, nie waham się powiedzieć – rozwiązania sprawiedliwego, gdyż doprowadza ono do równego potraktowania sprawcy usiłowania, który miał jakieś, choćby zupełnie nieprzydatne narzędzie przestępstwa, z tym sprawcą, który żadnego narzędzia przestępstwa nie miał, gdyż liczył na to, że nie będzie mu ono w ogóle potrzebne”⁴⁵. Prezentowana figura interpretacyjna, którą bez wątplenia należy podzielić w kategoriach postulatu *de lege ferenda*, obciążona jest jednak wadą polegającą na tym, że brak jej oparcia w materiale normatywnym. Artykuł 13 § 2 k.k. wyraźnie stanowi bowiem o „użyciu środka”. Jest to kolejny argument za koniecznością nowelizacji przepisu k.k.

6. Po przeprowadzeniu tej z konieczności skrótowej prezentacji wątpliwości i krytycznych wypowiedzi pojawiających się w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym na gruncie konstrukcji prawnej usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego, przejdźmy do rozważenia kwestii zasadności w ogóle istnienia takiej regulacji w kodyfikacji karnej. Czy *ratio legis* jej utrzymywania nie są przede wszystkim względy na tradycję legislacyjną datującą się od kodeksu Makarewicza?

Artykuł 13 § 2 obowiązującego kodeksu karnego rozpoczyna się od zwrotu, zgodnie z którym „usiłowanie zachodzi także wtedy”. Oznacza on bez wątpienia, iż powołany przepis rozszerza formułę usiłowania na sytuacje, które bez tej regulacji nie mogłyby być kwalifikowane jako usiłowanie dokonania czynu karalnego. Zasadność istnienia powyższego sformułowania kodeksowego opiera się na założeniu, że konstrukcja usiłowania z art. 13 § 1 k.k. wymaga, aby dokonanie czynu zabronionego w momencie, gdy sprawca przystępuje do realizacji jego znamion (ocena *ex ante*) było możliwe. Trzeba jednak przyznać, że taki warunek nie wynika z brzmienia powołanego przepisu. Są tam bowiem przewidziane jedynie trzy znamiona usiłowania – 1) zamiar popełnienia czynu zabronionego, 2) zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego oraz 3) brak dokonania czynu zabronionego. Wymóg taki wprowadzamy dopiero odwołując się do art. 13 § 2 k.k. Przeprowadzając bowiem wnioskowanie *a contrario* – skoro § 2 art. 13 stanowi o dokonaniu niemożliwym, to przepis § 1 tego arty-

⁴⁵ A. Wąsek, Z problematyki..., s. 82; Taką koncepcję zdaje się przyjmować Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 stycznia 1969 r. (II KR 209/68, Nowe Prawo 1969, nr 7–8, s. 1290–1293), w którym czytamy: „Jeżeli sprawca nie posiadał środków umożliwiających mu zrealizowanie zamiaru włamania się do kasy pancernej, usiłowanie jego w tej postaci ma charakter usiłowania nieudolnego. Wypadek ten zachodzi w szczególności, gdy sprawca rozporządza łomem lub wytrychem, nie nadającymi się do otwarcia kasy przez jej rozprucie, jako jedynym sposobem włamania”.

kułu dotyczyć musi sytuacji, gdy dokonanie czynu zabronionego jest możliwe⁴⁶. W piśmiennictwie spotkać można również wypowiedzi, zgodnie z którymi drugie z wymienionych znamion formy stadialnej usiłowania (tj. zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego) winno być odczytywane w taki sposób, iż według oceny *ex ante* możliwe jest dokonanie czynu zabronionego⁴⁷.

W moim przekonaniu przepis określający usiłowanie nieudolne jedynie pozornie rozszerza formułę usiłowania na przypadki, w których dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe, z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego, bądź też użycie nie nadającego się do tego środka. Zasadności istnienia odrębnej regulacji w art. 13 § 2 k.k. nie można by było oczywiście kwestionować w sytuacji, gdyby przyjąć, że przy usiłowaniu nieudolnym nie jest spełnione któreś ze znamion formy stadialnej usiłowania z art. 13 § 1 k.k. Tak jednak nie jest. W piśmiennictwie zwraca się zresztą uwagę, iż: „Usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i w związku z tym musi wyczerpywać wszystkie znamiona usiłowania”⁴⁸. W szczególności na ocenę danej czynności podejmowanej przez sprawcę jako zmierzającej bezpośrednio do dokonania nie ma znaczenia to, czy dokonanie czynu zabronionego jest *ex ante* możliwe. Sprawca może bowiem zmierzać bezpośrednio do dokonania czynu karalnego, mimo iż jego dokonanie nie jest w ogóle możliwe. Rezygnacja z dotychczasowej odrębnej regulacji usiłowania nieudolnego pozbawia również znaczenia pierwszy z wymienionych argumentów za utrzymaniem omawianej konstrukcji prawnej.

Uwzględniając powyższe, warta rozważenia wydaje się propozycja skreślenia przepisu art. 13 § 2 k.k. połączona ze zmianą art. 14 § 2 k.k., który mógłby otrzymać następujące brzmienie: „§ 2. W wypadku, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”. Oznaczałoby to rezygnację z istniejącego dotychczas uzależnienia karalności usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego tylko od niektórych przyczyn tej nieudolności, co skutkowałoby rozszerzeniem odpowiedzialności karnej na przypadki usiłowania nieudolnego, których bezkarność na gruncie obowiązującego stanu prawnego jest trudna do uzasadnienia. Mielibyśmy urzeczywistnioną zasadę pełnej relewancji błędu od-

⁴⁶ S. Śliwiński, *Prawo karne*, s. 317.

⁴⁷ S. Śliwiński, *O niektórych...*, s. 30; podobnie S. Glaser, *Oplaty stemplowe a usiłowanie nieudolne*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1934, nr 39, s. 574.

⁴⁸ Por. m.in.: A. Zoll, (w:) K. Buchała, Z. Ćwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, *op. cit.*, s. 86; odmiennie m.in. – A. Marek, *Istota nieudolnego...*, s. 98–100; I. Andrejew, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 85.

nośnie ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Wreszcie, konsekwencją wprowadzenia proponowanych zmian byłaby rezygnacja z istniejącego *de lege lata* fikcyjnego rozszerzenia formuły usiłowania na usiłowanie nieudolne (co rzecz jasna miałoby większe znaczenie dogmatyczne niż praktyczne). Mam świadomość, że prezentowana propozycja skierowana jest przeciwko ukształtowanym (można nawet rzec „mającym już brodę”) regulacjom. Wydaje się jednak, iż proponowana zmiana przepisów art. 13 § 2 i art. 14 § 2 k.k. jest niezbędna. Przedstawione w niniejszym opracowaniu uwagi krytyczne oraz wątpliwości interpretacyjne mają bowiem bezpośrednie przełożenie na praktykę, którą w konsekwencji cechuje duża niejednolitość poglądów. Sytuacja taka nie może być tolerowana w państwie prawnym z uwagi na konstytucyjny wymóg dostatecznej określoności podstaw odpowiedzialności karnej.